

LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO TRAS EL RDL 8/2019

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras clave:** registro, jornada, flexibilidad horaria, conservación, seguridad y salud

Tras una aceraada polémica judicial y doctrinal acerca de la obligación de registro de la jornada de trabajo, el Gobierno, por la vía de urgencia, ha decidido imponerla con carácter general para todas las empresas, trabajadores y tipos de jornada u horario. La disposición legal da lugar a algunas reflexiones, por lo que establece y por lo que omite, y da pie también para plantear, de forma más general, una apuesta por la reforma de determinados aspectos del tiempo de trabajo, para acompañarlo a las nuevas realidades laborales y al uso universal de las tecnologías, así como por limitar y cohesitar algunas de las reglas flexibilizadoras que llevan a excesos de jornada que, además de por los abusos y las pérdidas económicas, deben ser cauterizados por sus graves repercusiones en la garantía del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Defectos de regulación que no se palian con la mera obligación de registro.

ABSTRACT **Keywords:** registration, working day, flexible hours, conservation, safety and health

After a bitter judicial and doctrinal controversy about the obligation to register the working day, the Government, by means of urgency, has decided to impose it generally for all companies, workers and types of working day or schedule. The legal provision leads to some reflections, for what it establishes and for what it omits, and also gives rise to a more general proposal for the reform of certain aspects of working time, in order to bring it into line with new labour realities and the universal use of technologies, as well as for limiting and harmonizing some of the flexibilizing rules that lead to overtime which, in addition to abuses and economic losses, must be cauterized by their serious repercussions on the guarantee of the right to safety and health at work. Regulatory defects that cannot be mitigated by the mere obligation to register.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. ANTECEDENTES
 - 2.1. Respeto a la duración de la jornada y derechos básicos del trabajador
 - 2.2. Actuaciones de la inspección de trabajo y pronunciamientos de la audiencia nacional
 - 2.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 2.4. Planteamiento del conflicto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
3. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA EN EL RDL 8/2019
 - 3.1. Apreciaciones de corte general
 - 3.2. Cambio de enfoque: de la facultad de control a la obligación de registro
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN
5. REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA Y EL HORARIO
 - 5.1. Jornada y jornada de trabajo: descansos y pausas
 - 5.2. Jornada y horario
6. REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD HORARIA
7. FINALIZACIÓN DE LA JORNADA Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN
8. REMISIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
 - 8.1. Sistemas de registro, protección de datos y derecho a la intimidad
 - 8.2. Veracidad y fiabilidad del registro
9. DEBER DE CONSERVACIÓN Y PAPEL DE LOS REPRESENTANTES
10. EFECTOS DE LA FALTA DE REGISTRO
11. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Nadie duda de la trascendencia del tiempo dedicado a la prestación de servicios en el devenir del contrato de trabajo y, por ende, en la disciplina laboral. Sin dudas, constituye un buen banco de pruebas para el análisis de la evolución del Derecho del Trabajo. En los últimos tiempos son varios los frentes abiertos en el debate doctrinal y judicial en este terreno, siendo uno de los más recurrentes y destacables el relativo al control y registro de la jornada de trabajo. Es verdad que antes de alcanzar este punto, el objetivo se ha centrado particularmente en los cambios sociales y legislativos operados hacia una flexibilización del uso del tiempo de trabajo y, como consecuencia inexorable, una contrastable reducción de límites legales y una puesta en valor de los aspectos cualitativos de la jornada, frente a la tradicional preocupación por el “quantum”. Centrados en la ordenación flexible de la jornada, parecía quedar a un lado la relevancia de su duración, para pasar a abrir el portillo a mecanismos legales de flexibilización que, a la postre, garantizaran

al empresario un uso más adaptado a sus necesidades de la fuerza trabajo. En esta dinámica pareció caer en el olvido la necesidad de controlar el cumplimiento del respeto a la duración de la jornada y al derecho al descanso de los trabajadores. O, lo que es tanto como decir que, aunque hubo algunos pronunciamientos concretos sobre la necesidad o no de registrar la jornada, era más o menos pacífico que ésta surgía en relación a las horas extraordinarias y, posteriormente, a partir de 2013, debido a su previsión expresa, para el trabajo a tiempo parcial¹. Sin embargo, poco tiempo después, tras detectarse situaciones patentes de excesos de jornada y de abuso en la realización de horas extraordinarias, la situación lleva a una acerada discusión, con un papel relevante de la Inspección de trabajo, sobre el alcance de la obligación de registro. El tema nos tuvo en vilo desde el primer pronunciamiento de la Audiencia Nacional de diciembre de 2015 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de marzo de 2017, enseguida confirmada en abril del mismo año. Pero lejos de darse por cerrada la polémica, se pidió dictamen al TJUE. En estas estábamos cuando el legislador de urgencia decide mediar en el conflicto por medio del Real Decreto-ley (RDL) de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo² y establecer sin ambages la obligación legal de registro de la jornada. El análisis de la disposición legal parecería no arrojar dificultad alguna, no obstante, es quizás más lo que calla que lo que expresa y da pie para plantear algunas cuestiones relevantes en relación con la propia delimitación de los conceptos empleados, la generalización de la obligación, su encaje o menos en la digitalización de la economía y su repercusión en el mundo del trabajo, así como la necesidad de acometer una reforma íntegra, coherente y modernizadora de las reglas relativas a la jornada de trabajo presentes en nuestro ET³. En definitiva, lo que se trata de poner de manifiesto es si hemos de cambiar el modo de afrontar el control o la limitación de la jornada de trabajo, pues el registro, aunque con miras aperturistas, se centra en una jornada en su aspecto tradicional. El problema real es el desbordamiento de esta última, por obra de la flexibilidad, el uso de las tecnologías e, inclusive, nuevas formas de empleo.

¹ El RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21 de diciembre), dio nueva redacción al art. 12 ET, incluyendo, en lo que ahora nos interesa, la obligación de registro de la jornada ordinaria de trabajo y la entrega de un recibo mensual de horas al trabajador en los mismos términos que el previsto para las horas extraordinarias así como la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, caso de ausencia del mencionado registro.

² RDL 8/2019, de 8 de marzo (BOE 12 de marzo).

³ Pueden verse algunas propuestas en Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Crítica a un modelo ineficiente”, *La Ley 11210/2018*, pp. 1 ss (versión digital), quien parte de su carácter desactualizado y descontextualizado y termina apostando por abordar la cuestión desde un punto de vista holístico y no parcial, con unidad de criterio, coherencia normativa y respeto a los principios básicos derivados de la Constitución.

2. ANTECEDENTES

2.1. Respeto a la duración de la jornada y derechos básicos del trabajador

No es unánime la consideración acerca de la necesidad de imponer la obligación de registro de la jornada de trabajo, pues si bien existe una corriente doctrinal que lo ve inadecuado a los tiempos actuales y una cuestión superada en pleno siglo XXI, otro conjunto de autores estima que, con más motivo, a medida que se flexibiliza la jornada, las exigencias de control se vuelven más acuciantes. Parece fuera de toda duda que la ampliación de la flexibilidad empresarial por vías “ordinarias” concurrentes (distribución irregular de la jornada, horas extraordinarias compensadas con descansos y bolsas y cuentas de horas surgidas de prácticas negociales, entre las más significativas), unida a determinadas exigencias e imposiciones de las empresas generalizadas en un buen número de sectores durante la crisis y el uso intensivo de las nuevas tecnologías, ocasionan dificultades en orden al cómputo de la jornada que no se planteaban de forma tan virulenta en épocas precedentes, ante jornadas homogéneas y uniformes. Pues bien, con anterioridad a la modificación legal, que no supone un ajuste de la norma a las nuevas realidades, se venía reclamando desde distintos sectores exigir un cumplimiento estricto de los mínimos legales y de las jornadas pactadas en convenio, a fin de evitar excesos y abusos. Aunque el debate se centró en demasía en la literalidad de las normas y en el control de los excesos de jornadas desde una perspectiva sobre todo económica, en los últimos episodios se pone de manifiesto la necesidad de proteger al trabajador y, de manera especial, el valor de la salud y seguridad y su indiscutible conexión con el respeto del tiempo de trabajo y de los descansos. En este terreno, otras justificaciones para el cómputo fehaciente y contrastable del cumplimiento exacto de la jornada radican en el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y, si bien se mira, como parte necesaria de las medidas para hacer desaparecer definitivamente la brecha de género, en tanto la propia OIT pone de manifiesto la mayor facilidad de los hombres, menos empeñados en el cuidado, para afrontar distribuciones irregulares de jornada, excesos en el tiempo de trabajo u horas extraordinarias, de forma que son factores que pueden acabar expulsando a las mujeres del mercado de trabajo.

Sentida la necesidad de obligar al empresario a registrar la jornada, partiendo de su consideración como derecho del trabajador, cambiando su tradicional concepción, la atención se focalizó en el art. 35.5 ET que a efectos del cómputo de horas extraordinarias, obliga al empresario a registrar diariamente⁴ la jornada del trabajador y a totalizar la misma como máximo en el período previsto para

⁴ Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 170. Igualmente, Trillo Párraga, F.J., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 68.

el percibo de las retribuciones, entregando al trabajador copia del resumen en el recibo correspondiente. Si bien se venía admitiendo sin excesivas dificultades que estas obligaciones regían exclusivamente en el caso de que se llevasen a cabo horas extraordinarias o estuviera prevista su realización⁵, la cuestión deviene polémica y se plantea la extensión al control de la jornada ordinaria, al margen de estas últimas. Y ello en la medida en que la identificación de las horas extraordinarias se torna más difícil tras la ampliación del módulo de cómputo de la jornada, la “universalización” de la jornada irregular y la posible aparición de horas en exceso derivadas de ésta que habrían de ser tratadas como extraordinarias, pero que, al no considerarlas “previstas” no generarían deber alguno.

2.2. Actuaciones de la Inspección de Trabajo y pronunciamientos de la Audiencia Nacional

La ITSS, consciente de esta problemática, al intervenir en algunos sonados conflictos adopta pronto una postura favorable a la obligación de registro, que tras ser confirmada por la AN se plasmó en la Instrucción 3/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias⁶, en la que se recogía como uno de sus criterios de actuación la exigencia a las empresas objeto de inspección del registro de la jornada diaria de trabajo y ello con independencia de la existencia de horas extraordinarias⁷ y de que se tratase de trabajadores a tiempo parcial o a jornada completa. El registro debía ser diario, incluyendo el horario concreto de entrada y salida, y quedando a la empresa la elección del tipo de registro a utilizar, siempre que se garantizase la fiabilidad e invariabilidad de los datos. Su incumplimiento sería constitutivo de una infracción grave de conformidad con lo previsto en el art. 7.5 LISOS. Además, se contemplaba la obligación de la empresa de elaborar resúmenes de la jornada realizada por cada trabajador, totalizada para el período fijado para el abono de las retribuciones y su entrega al trabajador en los términos contemplados en el art. 35.5 ET. Para la mencionada instrucción “... La adecuada llevanza del registro de jornada y la entrega a los trabajadores de los correspondientes resúmenes constituyen el medio habilitado por el Estatuto de

⁵ Alfonso Mellado, C.L., “Las horas extraordinarias”, en Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J., *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 85. Para las distintas posturas mantenidas con anterioridad por la sala de lo social y lo contencioso, entre otros, Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada de trabajo: sus riesgos y sus dudas”, *Trabajo y Derecho* nº 25, 2017, pp. 2-3 (versión digital).

⁶ Precedida de la Instrucción 3/2014 en materia de control de la contratación temporal y la Instrucción 1/2015, sobre control de la contratación a tiempo parcial.

⁷ Posición que también mantenían ya algunos autores, De La Fuente Lavín, *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada, 2002, p. 197.

los Trabajadores para la oportuna comprobación y prueba de la jornada efectiva realizada por aquéllos, así como el medio de poder verificar la adecuación a la legalidad de la actuación de la empresa, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo, el registro tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornada de trabajo”.

Ahora bien, a pesar de pretender solucionar el problema, se aprecian algunas dificultades de fácil cotejo. Por un lado, el escollo de ligar este registro y su totalización al módulo de cómputo mensual (el de la retribución) es que con frecuencia habrá horas que no se hayan compensado y que se piense hacerlo en descanso⁸. Por otro, se operaba una clara extensión de una obligación que legalmente parecía referida a las horas extraordinarias a todos los trabajadores de la plantilla, con amparo en las dificultades para el control habida cuenta la progresiva introducción de la jornada flexible de trabajo.

La posición adoptada por la Inspección no surgía sin argumento alguno, sino del seguimiento a pies juntillas, quizás con demasiada premura, con los consiguientes efectos para las empresas a las que se les aplicaron estas medidas en el ínterin, de la posición defendida por la Audiencia Nacional⁹ que acogió una interpretación extensiva del precepto legal, para alcanzar la conclusión de que el control de las horas extraordinarias sólo podía producirse a partir de un registro de la jornada diaria de cada trabajador, postura revocada en poco tiempo por el Tribunal Supremo.

2.3. La doctrina del Tribunal Supremo

En brevísimas síntesis, pues la postura es bien conocida, el TS (caso Bankia)¹⁰ aboga por una interpretación literal del art. 35.5 ET, para alcanzar la conclusión

⁸ Entre otros, Alfonso Mellado, C.L., “Las horas extraordinarias”, op. cit., p. 84.

⁹ En los asuntos Bankia, Abanca y Sabadell, resueltos por SAN 4 de diciembre de 2015 (proced. n° 301/2015) y SSAN 19 de febrero de 2016 (proced. n° 383/2015) y 6 de mayo de 2016 (proced. n° 59/2016). Sobre el tema, Arias Domínguez, A., “Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de la jornada? Comentario a la SAN 207/2015, de 4 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 44, 2016, pp. 257 ss; Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2018, de 6 de mayo)”, *La Ley* 1763/2017, pp. 1 ss; Trillo Párraga, F., “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre)”, *Diario La Ley* n° 8875, 2016, Ref. D-419, pp. 1 ss (versión digital).

¹⁰ STS 23 de marzo de 2017 (n° rec. 81/2016). Reiterada en STS 20 de abril de 2017 (n° rec. 116/2016) (caso Abanca). vid. asimismo, STS 20 de diciembre de 2017 (n° rec. 206/2016). El tema ha suscitado un enorme interés en la doctrina iuslaboralista, por todos, Moll Noguera, R., “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de la jornada. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2017”, en AA.VV., *Claves para el estudio de la jornada laboral*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 219 ss; Preciado Domenech, C.H., “El registro

de que el precepto no impone el registro para toda la plantilla a fin de controlar el cumplimiento de los horarios pactados, obligación que tampoco se encuentra tipificada en el art. 7.5 LISOS. Lo polémico de esta decisión se refleja en la inclusión en el pronunciamiento de tres votos particulares, bien argumentados, firmados por nada menos que cinco magistrados discrepantes. A juicio del Tribunal, del tenor literal del precepto citado, se deriva que va dirigido única y exclusivamente a la realización de las horas extraordinarias y a ella se refiere la expresión “se registrará día a día”, considerando que esta es la interpretación que mejor se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa. Además, se deriva la misma conclusión de la interpretación sistemática de la norma, pues la obligación aparece impuesta en el precepto dedicado a las horas extraordinarias y no en el que recoge la jornada ordinaria (art. 34 ET). Exégesis que también viene respaldada por previsiones específicas en esta materia, así el art. 12.4 c) ET¹¹ impone expresamente un control de la jornada de trabajo para el contrato a tiempo parcial, que carecería de sentido si del art. 35.5 ET derivara una obligación de registro en todo caso de la jornada de trabajo. Junto a lo anterior, una interpretación finalista o teleológica de la norma, encaminada a “evitar los excesos con los que se sobrepasan los límites que establece” lleva a entender que solo se refiere al control de las horas extraordinarias y no a la jornada ordinaria de trabajo en todo caso. Quizás estamos ante la parte más débil y más fácilmente rebatible del pronunciamiento, pues la dificultad para controlar los límites e identificar las horas, en especial en supuestos de distribución irregular u otra organización flexible (con notorios abusos), hacen indispensables medidas capaces de permitir al trabajador demostrar el cumplimiento estricto de la jornada sin excesos. No es este el parecer del Tribunal, para quien el trabajador dispone de otros medios para registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitiría conocer las horas que trabaja, sin necesidad de que

de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS”, *Revista de Información Laboral* nº 7/2017, pp. 1 ss (versión digital); Rodríguez Pastor, G.E., “El registro diario de la jornada a debate”, *Revista de Derecho Social* nº 81, 2018, pp. 39 ss; Sempere Navarro, A.V., “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6, 2017, pp. 1 ss (versión digital); Tolosa Triviño, C., “La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº 31, 2017, pp. 1 ss (versión digital); Velázquez Fernández, M., “Problemas del (no) registro de la jornada ordinaria: reflexiones a propósito del polémico criterio jurisprudencial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 410/2017, pp. 109 ss. Asimismo, De Santos López, V., “Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la negociación colectiva. Jurisprudencia de los tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa”, *Ponencia presentada a las XXIX Jornadas de Estudio Sobre Negociación Colectiva de la CCNCC* (Madrid, 10 de noviembre de 2016), en especial pp. 14 ss.

¹¹ También específicamente para los trabajadores desplazados en art. 6 c) de la Ley 45/1999, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (trasposición de la Directiva 2014/67/UE) obliga a tener disponibles registros horarios con indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria de los trabajadores desplazados; redactando también en concordancia el art. 10 LISOS, que tipifica como infracción grave el incumplimiento documental en relación a dicha obligación de registro.

la empresa lleve un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados.

Nos parece que el lector puede formarse un mejor juicio sobre la necesidad de controlar y registrar la jornada a partir de algunos de los argumentos contenidos en los votos particulares de la Sentencia. Es aceptable afirmar que los efectos de no llevar a cabo el registro van más allá de los medios de prueba a disposición del trabajador para acreditar la realización de horas extras, pudiendo afectar también a las arcas del sistema en la medida que incide en las obligaciones de cotización a la Seguridad Social. Por su parte, también parece bastante certero sostener que el registro de las horas extraordinarias solo es posible si se registra la jornada ordinaria, en la medida que solo tras su llevanza, cabrá determinar si se ha superado o no la jornada pactada, en particular en casos de distribución irregular o empleo de bolsas de horas. Convencidos de este punto de partida, en plena coincidencia con la Sentencia de la mayoría¹², resultaba conveniente una reforma legislativa a fin de clarificar la obligación de llevar un registro horario, sin que deban los tribunales suplir la función del legislador. Como veremos a lo largo del trabajo, la modificación puntual soluciona alguno de los problemas, pero debería acometerse una mutación del régimen jurídico de la jornada de trabajo, más allá de los parches incluidos en las normas de urgencia, hacia un enfoque integral y modernizador en su tratamiento, acorde con el signo de los tiempos, y que tienda a equilibrar los intereses de ambas partes de la relación laboral.

Un aspecto de especial interés es el papel que podría asumir la negociación colectiva en este ámbito y al que hace referencia la propia Sentencia (FJ 5º), que considera esencial negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución de la jornada a lo largo del año.

La postura del TS tuvo su reflejo en una nueva Instrucción de la ITSS, la 1/2017, de 18 de mayo, complementaria de la anterior que, aunque se adapta al criterio judicial, sigue una marcada línea de intensificación del control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo en general y, en particular, en relación a las horas extraordinarias, en especial en determinados sectores, donde los datos avalan la realización de horas en exceso sin abono ni compensación en descanso. La ausencia de obligación de registro diario de la jornada no impide a la inspección llevar sus actuaciones, aunque lógicamente las dificulta. La propia instrucción en su Anexo II recoge los medios de prueba a emplear por los inspectores a la hora de comprobar el cumplimiento de los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

¹² *In extenso*, Moll Noguera, R., “El Tribunal Supremo zanja la polémica...”, op. cit., pp. 219 ss.

2.4. Planteamiento del conflicto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Aunque el asunto parecía quedar cerrado tras los pronunciamientos del TS, la AN no estaba satisfecha con el resultado y decidió plantear una cuestión ante el TJUE¹³, en la que se interpelaba por la compatibilidad de la legislación aplicada en España, en su interpretación por el TS que no considera exigible la obligación de registrar día a día la jornada de trabajo ordinaria, con el Derecho de la Unión (en especial, con determinados artículos de la Directiva 2003/88/CE y de la Directiva 1989/391/CE -marco de seguridad y salud-). Aunque, como se sabe, el Abogado General se mostró a favor de la postura de la Audiencia, afirmando la obligación de registro en sus conclusiones –no vinculantes-¹⁴, la publicación de una norma legal que obliga al registro de jornada, deja sin sentido el pronunciamiento. Una ocasión perdida, sin duda, puesto que abordaba el asunto desde un punto de vista que había sido completamente ignorado por la Sentencia de la mayoría, esto es, el engarce entre el registro de la jornada y el derecho a la salud, de conformidad con los cánones comunitarios, que se pondría en peligro de no controlarse las horas de trabajo. Si bien podía planear la sombra de la duda si, como en otras ocasiones, no se acude en auxilio de la Directiva Marco como mera estrategia jurídica que pudiera abrir la puerta a una respuesta positiva por parte del TJUE, el interés por este enfoque resulta creciente. Y ello en tanto las notables dosis de flexibilidad en relación a la jornada, el incremento de los tiempos de trabajo y de mera disponibilidad, el desajuste entre la carga de trabajo y la jornada o el uso intensivo de las tecnologías y la exigencia de estar permanentemente conectados (e informados), están en el origen de un número importante de riesgos psicosociales que alcanzan cifras enormemente preocupantes en nuestro país, en especial la ansiedad, el estrés y la depresión. Además, los intereses de los trabajadores quedan bastante de lado frente a la preeminencia de los poderes de disposición del empresario. No obstante, hay que reconocer que en los últimos tiempos, aun sin afrontar el problema de manera global y coherente, hemos asistido a dos importantes cambios legales que pretenden reequilibrar la balanza. Por un lado, la nueva regulación del derecho de adaptación de la jornada por razones de conciliación en el art. 34.8 ET¹⁵ y, por otro,

¹³ AAN 19 de enero de 2018 (caso Deutsche Bank) (nº 3/2018). *In extenso*, Lillo Pérez, E., “Nota sobre la realidad de la jornada laboral en España y el Derecho a la limitación de jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria”, *Ciudad del Trabajo* nº 7, 2018, pp. 40 ss.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella en el Asunto C-55/18, presentadas el 31 de enero de 2019. Pueden consultarse en curia.europa.eu/juris/document/document.jslf?text=&docid.

¹⁵ Operada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trabajo y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la formación (BOE 7 de marzo).

la plasmación legal del derecho a la desconexión¹⁶, cuya efectividad dependerá de la actuación colectiva y del cumplimiento eficiente por parte del empresario de su obligación de implantar una política empresarial al efecto. Pese a la favorable acogida que en general merecen todas estas disposiciones, resulta precisa una transformación más profunda del régimen de jornada, ajustada al momento social en que ha de ser aplicado, las nuevas tecnologías, la dilución de las fronteras espacio-temporales en la prestación de trabajo o la polémica sobre el empresario “virtual”, entre otras. Como hemos dicho, la protección de la salud fue ignorada en la argumentación de la mayoría, pero no en el voto particular del magistrado Sempere Navarro, que abogaba por buscar la obligación de registro extramuros del art. 35.5 ET y, entre otras normas, en los deberes de seguridad dimanantes del texto de la LPRL¹⁷.

3. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA EN EL RDL 8/2019

3.1. Apreciaciones de corte general

Sentados estos antecedentes, el Gobierno ha decidido mediar en esta polémica, como es habitual en estos tiempos convulsos, recurriendo a la vía de urgencia, a través del RDL 8/2019. Quizás ya sería reiterativo volver sobre el tema de si existe, en puridad, una urgente y extraordinaria necesidad de acometer la reforma, sabidas las consideraciones flexibles mantenidas por el TC en esta materia y la afirmación sobre la existencia de cierto margen para la valoración “política” de la misma¹⁸. Algunos autores ya se han pronunciado en sentido negativo¹⁹, aunque a nuestro juicio quizás aquí se dan mayores razones que en otras disposiciones recientes para justificar la intervención que, incluso, le había sugerido el TS. Así, por ejemplo, para el TC no obsta la urgencia de la situación el que venga prolon-

¹⁶ En el art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD) (BOE 6 de diciembre).

¹⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Destaca también que la mayoría ignora la finalidad protectora que debe orientar toda la normativa reguladora del tiempo de trabajo, Preciado Domenech, C.H., “El registro de jornada...”, op. cit., pp. 5-6, para quien difícilmente puede cumplirse la exigencia de evitar, evaluar y prevenir los riesgos derivados del exceso de jornada cuando el empleador está autorizado a la opacidad en materia de jornada, impidiendo el control por la ITSS y la prueba por los trabajadores de los excesos de jornada, p. 8; Discrepa de este planteamiento González González, C., “Registro de la jornada diaria en la jurisdicción actual”, *Aranzadi digital* nº 1, 2017, *BIB 2017/2238*, p. 10 (versión digital).

¹⁸ Como señala en STC 137/2011, 14 de septiembre, su control debe “verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario”.

¹⁹ Así, Marín Alonso, I., “El registro de la jornada laboral ordinaria ante el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 53, 2019, p. 9 (pendiente de publicación), para quien las razones adolecen de entidad suficiente.

gándose durante un largo período de tiempo o que sea un problema estructural y no meramente coyuntural²⁰. No duda tampoco la norma en justificarse trayendo a colación las conclusiones del Abogado General en el asunto C-55/18 ya aludidas, de forma que con el RDL pretende asegurarse la conformidad de nuestra normativa con el ordenamiento europeo.

No obstante lo anterior, la solución a los actuales problemas derivados de la obsolescencia e inadecuación de las normas sobre jornada a las nuevas realidades del mundo del trabajo, no deberían buscarse a golpe de decretazo y parcheando la norma legal, sin afrontar una reforma coherente y global que diera respuesta a las nuevas formas de trabajar y a la pérdida de relevancia de conceptos como el de centro o puesto de trabajo y la necesidad de dar cabida a una nueva concepción del tiempo de trabajo, más allá de la tradicional fórmula binaria. La solución a las dificultades para el cómputo y control de la jornada y, de modo especial, del disfrute del descanso necesario, no van a venir de la mano de la simple exigencia de la llevanza de un registro. De todas formas, seguramente por motivos algo electoralistas (puesto que el PSOE no ha podido cumplir su promesa de derogar la reforma laboral) el punto VI de la EM habla de los problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo, como la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica hacen necesario iniciar de manera inmediata los trabajos y estudios que sirvan de base para la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores que adapte su contenido a los retos y desafíos del siglo XXI²¹.

La disposición legal justifica la exigencia del control horario en el elevado número de denuncias ante la Inspección de Trabajo por incumplimientos laborales en relación al tiempo de trabajo, así como en algunos de los datos extraíbles de la EPA 2018. Entre los más relevantes, que casi la mitad de los trabajadores que declaran realizar horas extraordinarias, afirman que no le son abonadas (por tanto, tampoco cotizadas). Que como media cada semana se realizaron 6,4 millones de horas extraordinarias en España, con un crecimiento significativo respecto al año precedente. Y, por último, que más del 50% de los asalariados declararon realizar jornadas semanales superiores a las 40 horas, confirmándose también que un enorme volumen de trabajadores a tiempo parcial indicó que la jornada realizada no se correspondía con la declarada. Las cifras²², sin duda, son preocupantes y

²⁰ STC 139/2016, entre otras.

²¹ Vid. DA Primera sobre nombramiento de un grupo de expertos y expertas para la propuesta de un nuevo Estatuto de los Trabajadores.

²² Es interesante la consulta del informe de Zarapuz, I., “Las horas extras no pagadas, explotación laboral más allá de la precariedad”, CCOO, *Cuadernos de acción sindical*, Madrid, 2016. Asimismo,

no solamente desde la perspectiva económica y de pérdida de ingresos de la Seguridad Social, la esencial para la Exposición de Motivos, sino también desde la propia “precarización” (incluida en la rúbrica de la norma) de la relación laboral en orden a la garantía de otros derechos con anclaje constitucional como la salud e integridad o el equilibrio casa-trabajo. Pero, en puridad, el problema del exceso de trabajo en la actualidad va más allá del cómputo y registro de las horas, porque aún cumpliendo éstas estrictamente, el trabajador puede verse superado por una excesiva carga de trabajo, origen de afectaciones de salud de notoria relevancia, aspecto mucho más difícil de combatir. Asimismo, el registro horario, que deberá implantarse en un plazo de dos meses desde la publicación del RDL²³, no evitará que se den situaciones discutibles cuando menos desde el plano estricto del derecho al descanso y la salud y seguridad en el trabajo como, a título meramente ejemplificativo, los turnos, en especial cuando se prolongan hasta las doce horas²⁴, la semana “extendida”²⁵, o la acumulación del descanso semanal en períodos de hasta catorce días (art. 37.1 ET), todos ellos con perfecto encaje legal y poco valorados desde la perspectiva estricta de los posibles efectos para la salud del trabajador, incluidas las dificultades para reparar la fatiga, falta de descanso, ansiedad, compatibilidad con el ocio o la familia y otros análogos que estos regímenes pueden desplegar.

En cuanto a la ubicación sistemática, siguiendo quizás las orientaciones del propio TS, el art. 10 RDL introduce un nuevo apartado, el noveno, en el art. 34 ET, remitiendo a un posible desarrollo reglamentario (nueva redacción del art. 34.7 ET) la posibilidad de prever especialidades en las obligaciones de registro de la jornada para aquellos trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran. A pesar de su parquedad –y quizás por ello mismo– y su aparente simplicidad, la norma suscita algunas cuestiones problemáticas que abordaremos en otros epígrafes del trabajo, en especial si tenemos en cuenta que se “incrusta” en un sistema de jornada con bastantes carencias y desajustes, con una concepción tradicional del tiempo y el espacio de trabajo, donde siguen primando los intereses de la empresa²⁶.

De las Heras García, A., “Control de la jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF nº 412, 2017, pp. 51 y ss.

²³ DF Sexta.4 RDL 8/2019.

²⁴ *In extenso* sobre esta cuestión en la que no hemos de entrar, Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo...”, op. cit., p. 5.

²⁵ De la posibilidad de una jornada semanal extrema, que podría acarrear la extenuación o el agotamiento físico del trabajador, habla Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo...*, op. cit., pp. 86-7.

²⁶ No obstante, para algunos autores el ET alcanza en este punto un aceptable compromiso entre las exigencias de la producción (flexibilidad en la distribución y disposición del tiempo de trabajo) y las personales del trabajo (seguridad, tiempo libre) pero su éxito depende de la acción desarrollada por los propios interlocutores al concretar en sus respectivos ámbitos lo que la Ley esboza, Sempere Navarro, A.V., “El registro empresarial...”, op. cit., p. 2.

Nos ceñiremos a señalar la distancia que media entre lo aprobado por el Gobierno y la proposición de Ley que presentara en su día el propio Partido socialista sobre esta cuestión, aprobada por mayoría (con la abstención de Ciudadanos y la negativa del Partido Popular)²⁷ en el Pleno del Congreso de los diputados el 17 de octubre de 2017. En aquel momento se proponía incluir la obligación de registro diario de la jornada de trabajo (hora concreta de entrada y salida), el reconocimiento del derecho a la distribución regular de la jornada (art. 4.2 ET) y el retoque de los tipos infractores, justificando las modificaciones (EM) en que la realización de un tiempo de trabajo superando la jornada laboral legal o convencionalmente establecida es una realidad cotidiana y generalizada en nuestro mercado laboral, precarizando el empleo al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral: el tiempo de trabajo y el salario. Si ya entonces el cambio se mostraba extremadamente restringido, resultaba bastante perturbador al reconocer el derecho a la distribución “regular” pero manteniendo la redacción del apartado 2 del art. 34 ET. La nueva disposición opta por no adentrarse en ese terreno, dejando el régimen inalterado y aludiendo expresamente a la “flexibilidad horaria”. Esto es, se asume como punto de partida la ordenación flexible de la jornada que no es combatida y que, en buena medida, es la que intensifica la necesidad de su control.

Sí cabe apreciar cierto avance, al menos vislumbrando los nuevos escenarios ligados a la extensión de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la consiguiente dilución de la relevancia del concepto de centro de trabajo, al sustituir las menciones que hacía la proposición de Ley al registro de las horas de “entrada” y “salida”, conceptos escasamente compatibles con prestaciones como el teletrabajo u otras actividades en lugar de trabajo no fijo²⁸, por las más neutras y flexibles de “inicio” y “finalización”. Ahora bien, como la norma se limita a introducir la obligación de registro, sin alterar otros aspectos, pueden surgir obstáculos derivados de la referencia en otros apartados del art. 34 ET a términos como el tiempo de trabajo efectivo, el puesto de trabajo y otros análogos.

3.2. Cambio de enfoque: de la facultad de control a la obligación de registro

Como hemos señalado con anterioridad, el cambio del centro de atención en el tiempo de trabajo desde los aspectos cuantitativos (topes de jornada) hacia los aspectos cualitativos (su distribución), marcado por la evolución del módulo de cómputo desde el diario al anual, pasando por el semanal, y la introducción de mecanismos ordinarios y extraordinarios de flexibilización de la jornada, parecía poner en un segundo plano el control de las horas trabajadas. No obstante lo an-

²⁷ BOCG 23 junio 2017.

²⁸ Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *IUSLabor* 2/2017, p. 16.

terior, a medida que se flexibiliza la prestación laboral, con el empuje brindado también por las nuevas tecnologías y fórmulas de trabajo más centradas en el rendimiento y la relevancia de la conectividad constante, se enfatiza la necesidad de respetar los tiempos de descanso, de impedir el desbordamiento del propio concepto de jornada de trabajo y la plena disponibilidad del trabajador, al que se ha llegado a considerar un nuevo esclavo en el siglo XXI.

De ahí la fuerza inusitada de la polémica descrita, así como el cuestionamiento de quién sería el principal beneficiado por el control. En puridad, podríamos entender que no existe un interés claro y definido y que, mientras en algunas ocasiones (las menos, y en relación con los descansos intrajornada seguramente) la falta de control puede beneficiar al trabajador en un uso más flexible de su tiempo, en la práctica se ha constatado que conlleva más abusos empresariales que otra cosa y conduce a claros excesos en las horas trabajadas sin contraprestación²⁹ y a situaciones donde la excesiva dependencia tecnológica, la necesidad de atender comunicaciones de la empresa o los clientes o análogas, lleva a una creciente disponibilidad, que tampoco se compensa.

Estas situaciones han propiciado un claro viraje desde la consideración de que nos hallamos ante una facultad del empresario, encuadrable en sus poderes organizativos³⁰, hacia la faceta obligatoria de control y cumplimentación de un registro que, al parecer, tendría más ventajas que inconvenientes para los trabajadores. No hay que olvidar que son los propios sindicatos los que decidieron llevar los conflictos acerca de los excesos de jornada ante los tribunales de justicia, en particular en el sector financiero.

Un sector de la doctrina se posicionó a favor de la obligación del empresario considerando que, en puridad, con la misma lo que se venía era a establecer una garantía para los trabajadores en relación al cumplimiento de las normas laborales sobre tiempo de trabajo efectivo³¹. Esta era la idea que latía también en la Instrucción 3/2016 que rechazaba que “con la invocación de la flexibilidad horaria... puedan perjudicarse los derechos de los trabajadores y se altere el equilibrio con-

²⁹ La doctrina también considera que una futura modificación legal imponiendo el registro beneficiaría a ambas partes del contrato, al trabajador porque se evitarán los excesos de jornadas y a las empresas para controlar el absentismo y el presentismo e incluso organizar mejor los tiempos de trabajo efectivos en aras de una organización más eficiente. De las Heras García, A., “Control de la jornada...”, op. cit., p. 69. También Lousada Arochena, J.F., “Registro y control de la jornada de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 192, 2016, p. 2 (versión digital).

³⁰ Refuerza esta idea el TS cuando estima que no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino ante las potestades ordinarias (*ius variandi*) del empresario, cuando se establece un nuevo programa informático de uso común para la gestión de tiempos modernización del ya existente, STS 19 de julio de 2016 (nº rec. 162/2015).

³¹ Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 1, aunque también considera sorprendente el problema, por el cambio de perspectiva operado. En la misma línea, Marín Alonso, I., “El registro de la jornada laboral...”, op. cit., p. 24. También favorable a este control, considerando que lo contrario tiende a la flexi-inseguridad, Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., p. 19. Asimismo, Calvo Morales, D., “La regulación...”, op. cit., p. 15.

tractual mediante la prolongación indebida de la jornada laboral”. Ahora bien, el tema no es pacífico, pues mientras algunos autores lo consideran un instrumento de modernización de las relaciones laborales³², como indicara la Audiencia Nacional, otros lo ven más bien una herramienta propia de otra época³³. En puridad, el desplazar el centro de atención hacia la flexibilidad hace necesario el registro de la jornada³⁴, pero también dar otros pasos hacia una regulación más equilibrada de la ordenación flexible del tiempo de trabajo, en línea con los ya señalados para la adaptación de jornada o la desconexión, si bien algo deslavazados. Falta aún una mejor coordinación y racionalización de los mecanismos de flexibilidad pro empresa, en especial, la distribución irregular, las horas extraordinarias compensadas en descansos y otros instrumentos fruto de la negociación colectiva.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

No es una cuestión sencilla, obviamente, la de llevar el registro de la jornada de trabajo y puede ocasionar algunas dificultades a las empresas con una mayor carga burocrática y de gestión. Planteamiento del que partía el TS que aconsejaba una reforma legislativa, para implantar el sistema más ajustado al desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular. Frente a la posible conveniencia de obligar al registro horario sólo para sectores productivos problemáticos o reenviar su establecimiento a la propia negociación colectiva³⁵, el RDL ha optado por dar un alcance universal a la obligación de forma que todas las empresas, con independencia del tamaño, sector productivo, tipo de actividad desarrollada o modelo de jornada, deben cumplimentar el registro. Queda únicamente un resquicio a establecer condiciones especiales para determinados sectores específicos por la vía reglamentaria³⁶.

³² Arias Domínguez, A., “Registro diario e individual...”, op. cit., p. 262. Para Trillo, F., “Registro de jornada...”, op. cit., p. 1, satisface los intereses de ambos y es una herramienta fundamental en la convivencia dentro de las empresas.

³³ Algún autor, incluso, plantea que podría vulnerar la libertad de empresa la imposición del sistema de registro, Moll Noguera, “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral* nº 3, 2016, pp. 2 y 4.

³⁴ Así, Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 7. También Rodríguez Pastor, G.E., “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº 12, 2014, p. 9. Para algún autor resultaba equilibrado y justo que la ley reconociese tanto a las empresas su facultad de registrar o controlar las horas trabajadas mediante los sistemas o medios que en cada caso se consideren apropiados como el derecho de los trabajadores a exigírselo a la empresa para así poder garantizar el ejercicio de sus derechos, Velázquez Fernández, M., “Problemas del (no) registro...”, op. cit., p. 118.

³⁵ Marín Alonso, I., “El registro de la jornada laboral...”, op. cit., p. 21.

³⁶ Sobre las regulaciones específicas ya existentes en el RD 1561/1995 para determinados sectores como los trabajadores móviles en los trabajos por carretera (art. 10 bis 5), la marina mercante (art. 18

Esta extensión del registro a todos los trabajadores sujetos al ET, un clásico en la Administración Pública³⁷, puede plantear alguna reserva en relación al trabajo a distancia. El precepto no se pronuncia sobre esta cuestión, mientras se refiere a ellos expresamente al reconocer el derecho a la desconexión en el art. 88 LOPD, pero cabe extraer la obligación, como regla de principio, de dos argumentos. Por un lado, como sostuvo la AN, resulta “irrelevante también, que algunos de los trabajadores no realicen su jornada total o parcialmente en los locales de la empresa, puesto que dicha circunstancia obliga, con mayor razón, a que la empresa contribuya a la transparencia de su prestación, evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse”. Por otro, de las referencias del precepto a la persona trabajadora (en sustitución del tradicional “trabajador”) y a la flexibilidad horaria, que concurren en el trabajo a distancia y el teletrabajo. Algunas de las ventajas que suelen atribuirse a estas formas de prestación de servicios radican en la flexibilidad y capacidad de autoorganización que otorgan al trabajador³⁸, el cambio del centro de atención desde la mera puesta a disposición a los objetivos o los resultados, o el logro de un mejor equilibrio familia trabajo. Partiendo de estas características, no existe un criterio unánime relativo al alcance de la mencionada flexibilidad o, lo que es lo mismo, no resulta diáfana la aplicación de los preceptos dedicados al tiempo de trabajo (arts. 34-38 ET). Hallándonos bajo el paraguas del contrato de trabajo, en su modalidad a distancia, la doctrina mayoritariamente tiende a sostener que la prestación viene sujeta a los límites indisponibles del ET en relación con la jornada³⁹, sin perjuicio de las crecientes cotas de flexibilidad y, por ende, de que sea casi inherente la existencia de un horario flexible, o inclusive, libre⁴⁰ o una distribución irregular de la jornada (sea referida

bis.2), los trabajos con interoperabilidad transfronteriza en empresas ferroviarias (DA 7ª), entre otros, De Santos López, V., “Control del tiempo...”, op. cit., pp. 22-23.

³⁷ Puede verse el art. 11 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE 6 diciembre 2019).

³⁸ Una constatación empírica de cómo los trabajadores ven una gran ventaja en su capacidad de organizar los tiempos y los espacios como mejor le convenga, pero también que la posibilidad de no desconectar nunca se convierte en su principal riesgo en Pérez Sánchez, C., “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, nº 11, 2010, pp. 24 ss.

³⁹ Un sector de la doctrina extrae la aplicación de los límites de jornada y descansos de la propia Directiva 2003/88/CEE, de 4 de noviembre, que reconoce los derechos de todo trabajador a la limitación de jornada y a los correspondientes descansos como medidas necesarias para proteger debidamente su seguridad y salud en el trabajo, aunque se preste en el domicilio, correspondiendo al empresario la garantía del cumplimiento... De las Heras García, A., “Control de la jornada...”, op. cit., p. 66. Sierra Benítez, E.M., “Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters kluwer, Madrid, 2017, p. 92.

⁴⁰ Por definición, para la doctrina, aquel que no incluye un tronco común que sería lo definitorio del horario flexible, Tudela Cambronero, G., “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, AA.VV. (De la Villa Gil, L.E.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, p. 569.

al día o a la semana), sin desconocer que los problemas vienen de su aplicación práctica y de las formas de control a emplear⁴¹. La flexibilidad no puede suponer la falta de sujeción a norma alguna o la admisibilidad de un contrato sin jornada, puesto que la prestación, en el marco de una relación laboral debe satisfacer al menos el requisito de ser “determinable”. La falta de una regulación específica obliga a acudir al art. 13 ET que recoge el principio de igualdad de derechos (con los trabajadores del centro de trabajo) y el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud. Ello llevaría a considerar aplicable la obligación de registro⁴², factible técnicamente pero que puede provocar alguna fricción con la libertad de horario o el volumen de la jornada, siempre que se satisfagan los resultados pactados. Aunque la doctrina judicial en esta materia es escasa, podemos traer a colación alguna Sentencia ya bien conocida⁴³, que permitiría extraer alguna conclusión adicional. El pronunciamiento parece dar un cierto margen de maniobra a la empresa para establecer o no unas pautas claras sobre el tiempo de trabajo, pero siempre respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y horario. En esta línea, si consideramos que son aplicables los mínimos estatutarios debemos inclinarnos por la necesidad de establecer también el registro de la jornada, si bien adaptado a las condiciones específicas en que la prestación se desarrolla, a fin de evitar abusos o situaciones de excesiva dependencia que obliguen a jornadas excesivas. Así, el propio Tribunal señala que no cabe admitir, en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio.

5. REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA Y EL HORARIO

5.1. Jornada y jornada de trabajo: descansos y pausas

En escasas líneas el legislador para fijar la obligación de registrar diariamente la jornada emplea tres términos distintos (jornada, jornada de trabajo y horario), a cuya delimitación conviene dedicar cierta atención, partiendo de una mínima distinción entre el tiempo de trabajo y la jornada que, aunque en ocasiones se intercambian, presentan algunos matices. El primero de ellos tiene unas connota-

⁴¹ Por todos, Sierra Benítez, E.M., “Trabajo a distancia y relación...”, op. cit., p. 94.

⁴² Tajante sobre la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo también en este supuesto, Del Rey Guanter, S., “La empresa hiperconectada y el futuro del trabajo”. *Conclusiones y recomendaciones del Informe “El impacto de la empresa hiperconectada y de las redes sociales en la organización del trabajo, en la gestión de los recursos humanos y en las relaciones laborales”*, Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH, Marzo 2017, p. 13.

⁴³ STSJ Castilla y León (Valladolid) 3 de febrero de 2016 (nº rec. 2229/2015).

ciones más amplias y tiende a englobar todo el conjunto de instituciones reguladas dentro de la sección 5ª del capítulo II (que lo lleva por rúbrica): jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajos, descansos, festivos, permisos y vacaciones anuales. Pero en una acepción algo más estricta, tiende a aproximarse la idea de tiempo de trabajo a la de tiempo de trabajo “efectivo”, contrapuesto al de descanso⁴⁴. Aspecto que ha dado no pocos quebraderos de cabeza a la jurisprudencia comunitaria. Como se sabe, para el TJUE⁴⁵ resulta determinante que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad. Enlazando este tema con la salud del trabajador estima que “calificar de período de descanso los desplazamientos cotidianos que los trabajadores deben realizar para desplazarse hasta los clientes y que no controlan ni conocen hasta la víspera de su jornada laboral, les impondría una carga desproporcionada y sería contrario al objeto de protección de la seguridad y salud que persigue la directiva”. La referencia a estar físicamente en un lugar determinado (por el empresario) no se adapta bien a los nuevos tiempos, a prestaciones cambiantes, a aquellas donde el lugar puede ser libremente elegido por el trabajador o puedan incluir actividades fuera del centro de trabajo y otras análogas que restan relevancia a aquel factor.

Entrando en la delimitación conceptual, ninguno de los preceptos citados aborda ni el concepto de jornada propiamente dicho, aunque sí incluyen referencias concretas a su duración y distribución, ni menos aún el de horario. Por tanto, son definiciones que se han ido construyendo a fuerza de pronunciamientos judiciales y tesis doctrinales y que, en puridad, lo mismo se usan en su más estricto sentido técnico-jurídico, como por aproximación. Parece de recibo hacer algunas consideraciones.

El recurso al término jornada surge como una concreción de la noción de tiempo de trabajo, primero con un enfoque cuantitativo, para medir la duración de la prestación y, a medida que se van ampliando los módulos temporales de cómputo, centrando la atención en los aspectos cualitativos (distribución). No sólo resulta relevante conocer el número de horas que se prestan en cada módulo temporal (día/semana, año) sino especialmente su colocación. Ambas vertientes, por tanto, están comprendidas en el concepto de jornada de trabajo. Y, por tanto, quedarán reflejadas en el registro.

⁴⁴ Sobre la insuficiencia de esta concepción binaria del tiempo de trabajo en pleno siglo XXI, vid. Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 120.

⁴⁵ STJUE 9 de julio de 2015 (asunto C-87/14). También STJUE 10 de septiembre de 2015 (asunto C-216/2014). *In extenso* sobre esta cuestión, De Santos López, V., “Control del tiempo de trabajo...”, op. cit., pp. 5 ss.

El nuevo art. 34.9 ET parece intercambiar los conceptos de jornada y jornada de trabajo, aunque el TS⁴⁶ ha trazado una línea de demarcación entre ambos, afirmando que el primero resulta más extenso que el segundo, al incluir el tiempo de “presencia física” en la empresa o centro de trabajo, comprendiendo los descansos, al margen de su carácter retribuido. Esto es, que la jornada diaria, que no la jornada de trabajo, viene a ser la suma del tiempo de trabajo efectivo más el tiempo de descanso. Y esto es lo que el ET obliga a registrar, sin perjuicio de que probablemente quepan fórmulas convencionales que incluyan el registro de las pausas o descansos que se producen dentro de la jornada. Sin duda, pueden existir divergencias entre el tiempo de trabajo efectivo y las horas en que el trabajador permanece en el centro de trabajo, si es éste el tipo de prestación, aunque ambos deberían tender a aproximarse, en beneficio de las dos partes de la relación⁴⁷.

Apuntado lo anterior, también parece lógico pensar que el “inicio” de la jornada habrá de situarse en el momento en que comienza el desplazamiento, en aquellos casos en que se entiende incluido, o cuando empiezan aquellas tareas que tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo⁴⁸, pese a la “desfasada” alusión que sigue haciendo el ET (art. 34.5) a que a efectos de cómputo, el trabajador debe encontrarse tanto al comienzo como al final de la jornada en su puesto de trabajo⁴⁹. Se torna difícil conservar un concepto inamovible de puesto de trabajo en un contexto donde la ubicación física del trabajador ha dejado de ocupar una posición preeminente. Debería apostarse por otros aspectos relevantes capaces de englobar nuevas prestaciones laborales que, gracias a los avances tecnológicos, pueden desarrollarse en cualquier lugar (y momento) e, incluso, en sitios diversos según las tareas o actividades. En definitiva, el criterio espacial va perdiendo fuelle como delimitador de la estimación como tiempo de trabajo a la vista de la generalización del uso de dispositivos móviles y, de modo especial, de la conexión a internet en cualquier lugar, incluida la calle, los transportes públicos, bares, restaurantes, domicilio y una larga lista⁵⁰. Pero también es verdad que seguimos manejando una consideración binaria del tiempo de trabajo: tiempo trabajo (efectivo) o descanso. Y algunas de

⁴⁶ STS 6 de marzo de 2000 (nº rec. 121/1999).

⁴⁷ Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo...”, op. cit., p. 6.

⁴⁸ A modo meramente ejemplificativo, la transmisión de la información sanitaria por parte de los enfermeros en los relevos de turno, antes del inicio y conclusión del turno de trabajo, STS de 20 de junio de 2017 (nº rec. 170/2016).

⁴⁹ La STS 19 de diciembre de 2012 (nº rec. 209/2011) reconoce la existencia de una condición más beneficiosa en el cómputo de la jornada laboral al ficharse al entrar y salir de la planta y no en el puesto de trabajo.

⁵⁰ También apunta a la idea de que este tipo de conceptos, centrados en la presencia y menos en la productividad, son ajenos al uso de las nuevas tecnologías, Falguera Baró, M.A., “Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual”, *Trabajo y Derecho* nº 19, 2016, La Ley 4778/2016, p. 6 (versión digital).

las actividades realizadas a través de las mentadas tecnologías o determinados desplazamientos o tiempos de disponibilidad, de descanso seguro que no lo son.

Incidiremos algo más en el asunto de las pausas incluidas en el tiempo comprendido entre el inicio y la finalización de la jornada de trabajo. La norma aprobada, a diferencia de lo que ocurre en el país vecino, ha dejado fuera la referencia a los descansos. Según dispone el art. 202 del Código Portugués de Trabajo (aprobado por la Ley nº 7/2009, de 12 de febrero) (“registro del tiempo de trabajo”) el empresario debe mantener en un local accesible, de forma que se permita su consulta inmediata, el registro del tiempo de trabajo prestado por los trabajadores, incluidos aquellos que están exentos de ajustarse a horario. Este registro debe contener la indicación de las horas en que se inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o periodos no incluidos en ésta, al objeto de permitir el cálculo del número de horas de trabajo prestadas por el trabajador por día o por semana. En nuestro caso, como línea de principio, el registro afecta a hora de inicio y finalización, sin controlar específicamente los posibles descansos intrajornada. La doctrina tendía a sostener que había de ser el legislador quien determinara si resulta necesario o no registrar el inicio y finalización de las pausas de trabajo⁵¹, opción que ha sido descartada. Quizás no es más que una especie de fórmula de compromiso, dados los costes-beneficios para el trabajador comentados, en la medida en que el más beneficiado por la flexibilidad y la ausencia de controles suele ser el trabajador, que con frecuencia no se ciñe a las duraciones exactamente fijadas para los tiempos destinados a pausas como la tradicional del bocadillo o, en su caso, la pausa para el almuerzo que empieza a imponerse en determinadas empresas, en especial en el sector financiero, por la apertura o atención a clientes al menos algunas tardes de la semana⁵².

⁵¹ De las Heras García, A., “Control de la jornada...”, op. cit., p. 50. Parecía favorable a esta idea, siempre que se tratara de descansos no computables como tiempo de trabajo, Lousada Arochena, J.F., “Registro y control...”, op. cit., p. 9. En la misma dirección, vid. Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 5.

⁵² A modo ejemplificativo, en Ikea se fija para jornadas superiores a 5 horas un descanso obligatorio mínimo de 30 minutos y máximo (en aquellos supuestos que coincida con los horarios de comida y/o cena) de 1 hora (art. 6), a lo que añade (art. 8) que estos descansos serán los menores posibles a fin de evitar la presencia de mayor número de horas del trabajador. Acuerdo suscrito el 27 de junio de 2018 sobre algunos aspectos del tiempo de trabajo (en <https://www.ccoo-servicios.es/html/42867.html>). En CaixaBank existen distintos acuerdos sobre horarios singulares (con la correspondiente compensación económica) (p.e. para centros In Touch) donde se fija un horario para dos días a la semana de 8.15 h a 18.30 h con 1 hora y 15 minutos de pausa para el almuerzo; así como un sistema de flexibilidad horaria (en <https://www.ccoocaixabank.net/www/aspnet/document.aspx?id=8327&sec=17535>). Nos parece interesante la propuesta de Sierra Benítez, E.M., “La incidencia de la MIFID II en la formación y en las competencias de los trabajadores de la banca”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº 1, 2019, p. 139, acerca de la necesidad de una nueva regulación laboral en el sector bancario, siendo el tiempo de trabajo y su interrelación con los instrumentos digitales, la cuestión central y principal.

5.2. Jornada y horario

El precepto obliga a registrar la jornada y el horario concreto, conceptos que guardan estrecha relación. Aunque existen referencias al horario en el ET (arts. 41 y 82 ET) no encontramos una definición legal, y la distinción normalmente se ha centrado en estos preceptos y los procedimientos modificatorios que incluyen, donde ha perdido relevancia. Mientras la jornada comprende el número de horas de trabajo en un determinado período de cómputo, el horario señala los momentos precisos dedicados a la prestación laboral en los mismos períodos. Ahora bien, si nos detenemos en la distribución, en especial si es irregular, ya no está tan clara la demarcación⁵³ y se aproximan bastante, sobre todo si referidos al módulo diario. En definitiva, la distribución sería la colocación del número de horas y el horario fijaría las horas exactas de entrada y salida y los descansos. De esta forma, como señala el TS, la distribución irregular de la jornada repercute inevitablemente sobre el horario de entrada y salida del trabajo, pues será distinto, a su inicio o a su final, según el número de horas o jornada trabajada⁵⁴. Por tanto, solamente cuando se conozca la distribución, aparecerá el horario. En la actualidad, más que la delimitación conceptual entre ambos, lo esencial es entender que el término horario no solamente se refiere a la jornada diaria, sino que ha de aludir también a los días concretos en que se debe trabajar⁵⁵. Por ello mismo, el registro se aplicará también a aquellos días en que se acuda a trabajar como fruto de la distribución irregular y deberá reflejar las horas exactas de comienzo y terminación, de forma que salga a la luz el quantum exacto de la jornada. Para el Alto Tribunal ostenta mayor relevancia la jornada al determinar nítidamente el número de horas que se han de trabajar dentro del lapso temporal de que se trate, siendo el horario una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida⁵⁶.

6. REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD HORARIA

La utilización en el art. 34.9 ET de la fórmula “flexibilidad horaria” no casa excesivamente bien con los conceptos estatutarios. Por un lado, como es sabido, aunque extendido en la negociación colectiva y plenamente admitido en la jurisprudencia, no se contienen referencias en el ET al horario flexible, más aún tras

⁵³ Así también De la Fuente Lavín, *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 61.

⁵⁴ STS 21 de abril de 2005 (nº rec. 34/2004).

⁵⁵ SAN 28 de julio de 2014 (nº rec. 173/2014).

⁵⁶ STS 22 de julio de 1995 (nº rec. 443/1995) y 19 de febrero de 2001 (nº rec. 493/2015).

el RDL 6/2019 que ha eliminado la única mención expresa que se contenía en relación con la conciliación (el derogado párrafo 2º del art. 34.8 ET). Podríamos plantearnos a qué se refiere la norma que, en términos generales, parece querer comprender tanto la distribución irregular de la jornada como diversas fórmulas horarias existentes, para imponer la obligación de registro con independencia de su mayor o menor dificultad, más acuciante si existen múltiples horarios y se ejecutan de modo flexible, como sostuvo la AN.

El punto fuerte de la obligación de registro, sin duda, es el de eliminar ciertas barreras en el cómputo de la jornada total efectuada por el trabajador (ordinaria y extraordinaria), en tanto la actual regulación legal, con sus amplias dosis de flexibilidad laboral, ocasiona que no pueda constatarse la realización de horas extraordinarias mientras no concluya el período de cómputo y compensación de las horas fruto de una posible distribución irregular. Asimismo, facilitará el cómputo de las posibles horas de exceso cuando la compensación deviene imposible por extinción de los contratos temporales y contribuirá a disminuir las cotas de abuso en orden a los excesos de jornada habitual entre estos trabajadores. Pero el registro en sí es insuficiente, debiendo acometerse la remodelación del régimen de jornada irregular, sobre todo imponiendo plazos menores para la compensación.

Cabe pensar en que se ha empleado el término flexibilidad horaria como sinónimo de distribución irregular (el único previamente usado en el precepto legal), no tanto en su acepción de distribución irregular en sentido estricto (prevista), como de distribución flexible⁵⁷ (dinámica o sobrevenida), la más relevante en la práctica y la que quiso normalizar la reforma 2012. Desde el momento en que se estatuye una distribución unilateral del 10% de la jornada, sin sujeción a causa, el horario “padecerá” de forma evidente cada vez que el empresario acuda a tal facultad o se opere una distribución flexible por la vía pactada. Porque esta imprevisión o flexibilidad “sobrevenida” es la que mayores problemas arroja sobre el cómputo de la jornada y de la fijación de los posibles descansos compensatorios, y resulta esencial su registro.

Sin entrar en mayores detalles, distribuir irregularmente la jornada significa alterar el quantum para un módulo de tiempo determinado, de forma que para la misma unidad temporal (típicamente la semana), en unos períodos se trabaja más y en otros menos. Operación que tiene implicaciones sobre el horario, conllevando consigo una distribución irregular del horario o una regulación no fija del mismo, de forma que varía el momento de comienzo y finalización. Por el contrario, la relación inversa no siempre concurre. Así, puede existir una distribución horaria irregular porque unos días se empieza y termina a una hora determinada y otros a otra diferente, pero en conjunto se trabaja el mismo número de horas todos los

⁵⁷ Entre otros, Rodríguez Pastor, G.E., “El registro diario...”, op. cit., p. 65. Vid. SSTs 11 de mayo de 2016 (nº rec. 76/2015) y STS 10 de enero de 2017 (nº rec. 98/2016).

días. Por ello se ha considerado que toda la labor de distribución de la jornada en un módulo semanal o anual es un tema de horario y no de jornada⁵⁸.

Por otra parte, en la práctica la delimitación entre distribución irregular y horario flexible no es sencilla, fijándose tradicionalmente la distinción en el interés tutelado⁵⁹: el del empresario en la primera y el del trabajador en el segundo, que una vez establecido, permite optar libremente, normalmente dentro de unos topes u horquillas, por el momento de inicio y finalización de la jornada cada día. En puridad, si solamente se altera la hora de entrada que se refleja en el mismo porcentaje a la salida, se afecta exclusivamente al horario. En otro caso, entraríamos de lleno en una alteración de la distribución de la jornada, con independencia de a quién favorezca. A los efectos que tratamos podrían considerarse intercambiables y se da cabida también con el término flexibilidad horaria a las diversas fórmulas procedentes de la negociación colectiva o derivadas de la adaptación de la jornada a las necesidades de los trabajadores, que deberían tender a normalizarse al amparo del nuevo art. 34.8 ET.

A una concepción amplia apunta también la EM del RDL cuando afirma que “a pesar de que nuestro ordenamiento laboral, en línea con los ordenamientos europeos, se ha dotado de ciertas normas que permiten cierta flexibilidad horaria para adaptar las necesidades de la empresa a las de producción y el mercado (distribución irregular de la jornada, jornada a turnos u horas extraordinarias), esta flexibilidad no se puede confundir con el incumplimiento de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Al contrario, la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente, aquellas sobre cumplimiento de límites de jornada y registro de la jornada diaria”. Lo que conviene destacar es que la norma es consciente de que la flexibilidad (por razones empresariales) facilita la transgresión de los límites y puede propiciar abusos, pero se deja para mejor ocasión combatir el problema de fondo. El registro será insuficiente mientras no se resuelvan determinados escollos derivados de la existencia de vías no perfectamente coherentes de ordenación flexible del tiempo de trabajo, en especial, distribución irregular, horas extras compensadas con descanso y bolsas o cuentas de horas que, en la práctica, funcionan como institutos separados, solapándose y otorgando unos poderes casi exorbitantes al empresario⁶⁰.

⁵⁸ Esquerri Escudero, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 101.

⁵⁹ Por todos, Rodríguez Pastor, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 117 o Rodríguez González, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016, p. 199.

⁶⁰ Permitimos remitir al lector para una visión más extensa y rigurosa del problema a Igartua Miró, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

7. FINALIZACIÓN DE LA JORNADA Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN

Llegados a este punto, vemos cómo se parte de una jornada que se inicia y finaliza (en el centro de trabajo o fuera del mismo) para dar comienzo al tiempo de no trabajo (o de descanso). De esta forma, aparecen claramente imbricados la obligación de registro de jornada ahora impuesta legalmente y el derecho a la desconexión también reconocido recientemente de manera expresa. Se apunta a la idea de trazar una separación nítida, cada vez menos evidente, entre los tiempos de trabajo y los de descanso y los espacios de trabajo y la vida privada. La cuestión, sin embargo, resulta harto compleja en tanto las TIC han “invadido” la sociedad, también nuestra vida extra-laboral y los tiempos de ocio y descanso. La negociación colectiva tendrá que hacer amplios esfuerzos a la hora de abordar los efectos de la digitalización de la economía y su reflejo en el mundo del trabajo y en las necesarias pautas y limitaciones para evitar el desbordamiento de lo laboral.

El registro de jornada insiste en esta idea y refuerza la necesidad de que una vez concluidos los tiempos pactados –que son objeto de control- el trabajador entra en su tiempo de descanso⁶¹, apuntalado a partir de tal momento con el derecho a la desconexión. En otros supuestos, motivados por la necesidad de dar respuesta inmediata a requerimientos o exigencias empresariales, deberán pactarse reglas especiales, siempre respetando los tiempos de descanso. En su caso, estos posibles tiempos de disponibilidad, alerta o conexión, más allá de la jornada establecida, deberían ser objeto de un tratamiento legal o convencional que supere la clasificación binaria tiempo de trabajo-tiempo de descanso. Además, han de recibir la pertinente compensación económica (o en descanso), limitarse y permitir la garantía del derecho al descanso y la desconexión digital.

Es más preciso el art. 88 LOPD al aludir expresamente a la garantía del derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Por tanto, exigirán soluciones *ad hoc*, seguramente más flexibles, tanto para el registro como para la desconexión, partiendo de que en ocasiones el horario será prácticamente libre y posiblemente se habrá contratado en atención a objetivos.

⁶¹ Como ya sostuviera el TC (STC 192/2003, 27 de octubre) “toda concepción que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, es inconstitucional, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador”.

8. REMISIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

8.1. Sistemas de registro, protección de datos y derecho a la intimidad

Es a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa a quien se encomienda la organización y documentación del registro que, sin duda, son los instrumentos más idóneos tanto por la relevancia que los temas de jornada y horario revisten para los convenios como por la necesidad de ajustar el registro a las concretas características de la empresa, la actividad y las propias especialidades de la jornada. En el mismo sentido se manifestaba el TS habida cuenta la necesidad de “reflejar lo acontecido en el seno de las empresas, con el desarrollo de la jornada efectiva, con sus múltiples variantes que vendrán representadas por la existencia de diferentes turnos, el trabajo fuera del centro habitual de trabajo y sobre todo atendiendo a un hecho que se impone cada día, consistente en los supuestos de distribución irregular de la jornada de trabajo”⁶². Un sector de la doctrina considera que son los convenios de ámbito empresarial⁶³ los más adecuados para regular esta cuestión; sin embargo, el legislador no ha establecido prioridad ni preferencia alguna, y nada obsta que en determinados sectores con predominio de lo tecnológico o elevada presencia de empresas de escasas dimensiones y microempresas, sean los de ámbito supraempresarial los encargados de fijar, al menos, unas reglas que diseñen el marco regulador en esta cuestión. No obstante, a las notorias dificultades de la negociación en este terreno, se suma el plazo perentorio de dos meses impuesto por la norma para la implementación del registro, algo que propiciará, por el momento, la vía unilateral, aunque previa consulta con los representantes.

⁶² El voto particular del magistrado Sempere también hace hincapié en la variedad de los supuestos a enfrentar, pues “poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industrial, la muy tecnificada y la arcaica, etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda, etc.”. Para la doctrina es esencial que la norma legal abra este terreno a la negociación colectiva y apoyar su efectiva intervención en la regulación, Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 119; Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 8.

⁶³ Rodríguez Pastor, G.E., “El registro diario...”, op. cit., p. 69; Marín Alonso, I., “El registro de la jornada...”, op. cit., p. 8. En sentido contrario, estimando que debería darse una prioridad aplicativa del de sector, Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., p. 17; De Santos López, V., “Control del tiempo de trabajo...”, op. cit., p. 26, afirma, si bien con anterioridad a la reforma legal, que en líneas generales son los convenios colectivos de sector los que hacen mención a las obligaciones de registro de jornada y derechos de información de los representantes de los trabajadores, tomando como referencia lo establecido por la normativa legal o reglamentaria aunque no esté vigente, mientras que los convenios colectivos de empresa se dedican a regular el control horario y la concreción de cómo ha de informarse a los representantes de los trabajadores de tal control horario, si bien la mayoría de los convenios colectivos de empresa que regulan esta materia son pertenecientes al sector servicios y mayoritariamente a la Administración Local.

No se explaya la norma en relación al sistema de registro a utilizar, que queda a la libre decisión de las partes, pudiendo adoptar múltiples formas. Más sorprendente resulta que no se haya impuesto siquiera el respeto a alguna garantía, al menos la objetividad (pedida por la AN) y que parece dar por sentada. Del precepto legal únicamente se deriva, por un lado, que ha de ser “diario”, debiendo contener el horario concreto de inicio y finalización y, por otro, que debe “organizarse” y “documentarse”. Evidentemente en la era digital ha de ser suficiente cualquier tipo de documento, incluidos aquellos que se hallen en soportes informáticos.

Por su parte, tampoco se condiciona la organización del registro, posible a través de cualesquiera instrumentos que permitan la constatación de las horas de inicio y finalización y su posterior registro y documentación. No cabe descartar que en una misma empresa se utilicen sistemas de registro distintos para determinados grupos de trabajadores, en la medida en que tengan horarios distintos, desempeñen mandos directivos o cargos de confianza, flexibilidad horaria –por distintos motivos- o puedan trabajar parcialmente a distancia, entre las situaciones más frecuentes, siempre que los criterios utilizados no resulten discriminatorios⁶⁴.

Dado que el uso de este tipo de medios y el manejo de los datos puede entrar en conflicto con los derechos de los trabajadores a su intimidad o a la protección de datos personales, no hubiera estado de más una mención del legislador en este sentido. Recuérdese que en la conocida Sentencia Worten⁶⁵ el TJUE da a este tipo de datos la condición de datos personales protegidos por la Legislación de Protección de datos y, por tanto, sujetos a los principios dimanantes de la misma, aunque desestima la vulneración de derechos alegada.

Desde el momento en que la norma española permite el acceso al registro a los representantes de los trabajadores y la Inspección de trabajo, habría que ser cuidadoso en el tratamiento de datos, sin que ello obste la posibilidad de llevar el registro (ahora obligatorio) ni restrinja las opciones en cuanto a los medios a emplear. En este sentido, quizás hasta la fecha nuestros tribunales se han mostrado demasiado exigentes en la materia. A modo de ejemplo, algún pronunciamiento judicial⁶⁶ ha estimado que “la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máximo en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y la libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18.4, máxime cuando la pretensión ejercitada, y el fallo que la estima, van más allá del simple control de entrada

⁶⁴ Así lo admitía en su día la STSJ Cataluña de 10 de octubre de 2006 (nº rec. 632/2005).

⁶⁵ STJUE 30 de mayo de 2013, C-342/12 (ECLI:EU:C:2013:355). Vid también la STJUE 19 de junio de 2014. Asunto C-683/13. *Pharmacontingente vs. Salud e Higiene* y otros.

⁶⁶ STSJ Comunidad Valenciana 3 de mayo de 2018 (nº rec. 910/2018).

y salida, por cuanto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual”.

Cabe imaginar mecanismos de diversa índole, que seguirán sorprendiéndonos conforme avance el desarrollo tecnológico, así controles biométricos (a través de la huella digital, verificación de voz o patrones oculares, entre los más extendidos)⁶⁷ o de proximidad (tarjetas de radiofrecuencia) u otros sistemas con ayuda de ordenadores, tablets o teléfonos inteligentes, incluso geolocalizadores en prestaciones fuera del centro de trabajo o de tiempos de desplazamientos incluidos en la jornada⁶⁸. Sin lugar a dudas, moviéndonos en un terreno relativamente nuevo, el control empresarial puede dar lugar a excesos e, incluso, se ha estimado que puede suponer una peligrosa regresión que incide con especial intensidad en los sectores de actividad tecnológicamente avanzados⁶⁹. Si bien como línea de tendencia los Tribunales han avalado estos sistemas y el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y su libre circulación, ha exceptuado la prohibición de tratamiento, entre otros, de los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, cuando resulte necesario para cumplir obligaciones o ejercer derechos en el ámbito del Derecho laboral, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión, de los Estados Miembros o un convenio colectivo, deben establecerse garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales. Por tanto, no sobraría una referencia a esta cuestión, sobre todo para despejar posibles dudas que sobrevuelan estos delicados aspectos, pues el propio TS ha afirmado que la creación de un registro “puede suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador”.

⁶⁷ Sobre la cuestión, García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “El control biométrico de los trabajadores”, *Revista de Información Laboral* nº 3, 2017, pp. 1 ss (versión digital). Asimismo, Blázquez Agudo, E.M., “Otros controles emergentes”, en *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS, La Ley 2595/2018, pp. 1 ss (versión digital).

⁶⁸ Sin que ello legitime la instalación de un GPS en un vehículo particular para controlar la actividad durante una baja médica (STSJ País Vasco 10 de mayo de 2011, nº rec. 644/2011) o un control continuo y permanente de todos los movimientos del trabajador mediante un acelerómetro (STSJ Cataluña 23 de mayo de 2013, nº rec. 6212/2012). Por tanto, de nuevo aquí constituirá un elemento esencial la delimitación del uso laboral del instrumento (incluidas tabletas y teléfonos móviles) y del tiempo de trabajo, aspecto harto complejo. Así, para la STSJ Asturias 27 de diciembre de 2017 (nº rec. 2241/2017), cuando finaliza la jornada laboral las facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la demandada para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos. A partir de ese momento, es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS y para el análisis automatizado de los datos personales conseguidos por ese medio.

⁶⁹ Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 9. Vid. también, Tolosa Triñiño, C., “La reciente doctrina...”, op. cit., p. 1 (versión digital).

De todas formas, puede traerse a colación el nuevo art. 20 bis ET⁷⁰ que reconoce el derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización⁷¹ en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos y garantía de los derechos digitales, por tanto, remitiendo a la plena aplicación del propio Título X de la LOPD (arts. 87-90). De la misma forma, el art. 91, aunque resulta innecesario, señala la posibilidad de establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, a través de la negociación colectiva. Sin entrar en el análisis detallado de cada uno de estos preceptos legales, resulta patente, de un lado, que el legislador fija un enlace claro entre el ET y la LOPD, quizás no muy convencido de la adecuación de ubicar derechos “laborales” en el seno de esta última y, de otro, que sirve para reforzar la idea de que la obligación de registro y los poderes de control y vigilancia aparecen fuertemente imbricados, algo a lo que ya hemos hecho alusión.

8.2. Veracidad y fiabilidad del registro

Como hemos señalado, la norma parece pretender que la regulación del registro corresponda a la negociación colectiva o los acuerdos colectivos, pero abre la puerta a que “en su defecto” se haga por decisión del empresario, previa consulta con los representantes. En principio, la facultad empresarial operará siempre que no se haya pactado, sin entrar a valorar otros factores, en línea con la definición contenida en el Diccionario de la RAE, según la cual “en defecto de” constituye una locución preposicional que se define como “a falta de algo, especialmente de algún requisito”⁷². De entrada, a falta de tiempo suficiente para la negociación, dado el escaso margen temporal otorgado para la implantación de la medida. Aunque no se impone un deber de negociar, exigiría a los negociadores el impulso de sistemas de registro con las garantías pertinentes para tutelar los derechos de los trabajadores. En las empresas de reducidas dimensiones que no cuentan con delegados

⁷⁰ Introducido por la DF 13ª de la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 diciembre) (en adelante, LOPD).

⁷¹ En concreto, en relación a los mismos, el art. 90 LOPD establece el deber de información expresa, clara e inequívoca, a los trabajadores y a sus representantes, acerca de la existencia y características de los dispositivos de geolocalización que pueden ser empleados por el empresario como instrumento de la actividad laboral. Por tanto, parece excluir el uso extralaboral o fuera de la jornada de trabajo de los mencionados dispositivos.

⁷² Vid., sin embargo, la STSJ de Castilla y León (Burgos) 17 de julio de 2013 (nº rec. 351/2013) que en relación al art. 34.2 ET extraer un deber de negociar esta cuestión previo a la adopción de la decisión unilateral del empresario.

de personal, no habrá intervención de los trabajadores a la hora de organizar el registro, lo que unido a la ausencia de mínimos legales, podrá conllevar abusos y el uso de sistemas poco fiables y veraces. En tales casos y, en ausencia de previsión específica, no parece existir obligación de consulta directa con los trabajadores, algo que podría haber sido conveniente. A menos que la consideremos como una medida estrictamente relacionada con la prevención de riesgos laborales, donde una interpretación sistemática de lo previsto en el apartado 2 del art. 33 LPRL y el apartado 1 del art. 34 del mismo texto legal, permite extraer que los derechos de participación se ejercerán a través de los representantes (con funciones específicas o generales), caso de existir, y de manera directa con los trabajadores en los demás.

Por tanto, al ser el propio empresario quien con frecuencia se va a encargar de organizar y documentar el registro, en algunas de sus formas fácilmente manipulable, seguramente el legislador habría hecho lo correcto si le hubiera exigido el cumplimiento de algunas cautelas. Así, pese a las críticas a la Inspección de Trabajo⁷³, en especial por proceder de forma inmediata a acoger el criterio de la Audiencia Nacional e iniciar actuaciones sancionadoras *ipso facto*, con las consecuencias e incertidumbres generadas antes de la modificación legal, era acertada su postura en orden a los requisitos que habría de cumplir el registro (Instrucción 3/2016). En primer lugar, la posibilidad de que la comprobación de la existencia del registro se realizase en el centro de trabajo, evitando la posibilidad de creación posterior, manipulación o alteración de los registros. Algo que parece quedar garantizado con la exigencia de conservación. En segundo lugar, los modelos o tipos de registro que utilice la empresa, serán los elegidos libremente, siempre que garantice la fiabilidad y la invariabilidad de los datos. Estas garantías resultan obvias, son defendidas por la doctrina⁷⁴ y son plenamente exigibles, aunque no hubiera estado de más la previsión expresa de unos mínimos en relación a la veracidad e imposibilidad de alteración del registro. Únicamente un sistema de estas características va a permitir la garantía de los derechos de los trabajadores y, de modo especial, junto al derecho al salario –pues se desvelarán las posibles horas de exceso (ordinarias u extraordinarias) no compensadas o pagadas (ni cotizadas)-, el derecho a la seguridad y salud⁷⁵, que puede verse afectado por los excesos de jornada o la conciliación. A nuestro juicio, la prueba de la manipulación de los registros o el falseamiento de las horas de inicio y finalización puede encajar en el

⁷³ Así, Tolosa Tribiño, C., “La reciente doctrina...”, op.cit., p. 3; Sobre las dudas que arroja esta forma de actuación Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., pp. 7 ss.

⁷⁴ Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 9. Algún autor apostaba por un modelo concreto a emplear en los casos en que la negociación colectiva no lo elabore, Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., p. 17.

⁷⁵ Como había puesto de manifiesto la doctrina, las soluciones judiciales al uso solamente daban solución a los aspectos económicos (pago de las horas de exceso), existiendo una desconexión entre las mismas y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, la conciliación o, en última instancia, el empleo, Trillo, F., “Registro de jornada...”, op. cit., p. 4.

tipo infractor de la LISOS que acoge en su seno los incumplimientos en relación al registro, aunque quizás se podría haber apuntalado mejor este aspecto⁷⁶.

9. DEBER DE CONSERVACIÓN Y PAPEL DE LOS REPRESENTANTES

El único deber adicional al de organización y documentación del registro lo encontramos en el de conservación de los datos durante cuatro años, permaneciendo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo. La norma se presenta bastante más genérica de lo que pretendía la Instrucción 3/2016 que, con la finalidad de evitar la posibilidad de creación posterior, manipulación o alteración de los registros, exigía que la comprobación de la existencia del registro debiera poder realizarse en el centro de trabajo; idea que subyace en el precepto legal, pese a su falta de precisión al respecto. También suscita dudas el alcance de la locución empleada. En principio, la tibia fórmula legal “permanecer a disposición” impone una interpretación que permita, más allá de la mera consulta, llegado el caso, realizar copia de los datos del registro, en especial si son muy prolijos, en tanto la locución estar en/a disposición de alguien se entiende, según el diccionario de la RAE, como hallarse apto o listo para algún fin. Y en determinados supuestos solamente se podrá cumplir la finalidad perseguida de comprobar el cumplimiento exacto de la jornada, si se pueden reproducir los datos para su examen, más allá de una mera consulta. Todo ello, lógicamente, con la precisa salvaguarda del derecho de protección de datos, en especial si quien pretende el acceso al registro es un trabajador. Sería conveniente que las cuestiones concretas sobre la forma, el contenido y el momento de acceso a los datos, incluida, en su caso, la entrega de copias por escrito, se pactara colectivamente.

No se ha estimado pertinente obligar al empresario a totalizar la jornada mensualmente o realizar resúmenes de la jornada y entregar copia al trabajador ni a los representantes. Por tanto, sigue existiendo una línea de separación, quizás injustificada, con las horas extraordinarias (art. 35.5 ET) y el trabajo a tiempo parcial (art. 12.4 c) ET), cuando parecería conveniente un régimen unificado, dadas las dificultades expuestas en relación a la consideración de las horas como extraordinarias, como consecuencia de la anualización de la jornada y de su posible distribución irregular. De conformidad con la DA 3ª RD 1561/1995, de 21 de septiembre, los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo copia de los resúmenes

⁷⁶ Así, a modo meramente ejemplificativo, en la propia LISOS (art. 13. 13. Infracciones muy graves) se tipifica “la alteración o falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, del contenido del informe de la empresa auditada”.

a que hace referencia el apartado 5 del artículo 35 ET. Se perpetúan así algunas de las diferencias entre las horas extraordinarias compensadas en descanso y las horas fruto de la distribución irregular, cuando, en puridad, satisfacen idéntica finalidad.

Dada esta predisposición legal a mantener el régimen jurídico diferenciado, los representantes deberían procurar ejercer de forma efectiva sus facultades de vigilancia y control en relación a los posibles abusos de jornada, no sólo a efectos de compensación económica sino también de respeto de los derechos esenciales del trabajador y, en especial, en el terreno de la seguridad y salud en el trabajo.

10. EFECTOS DE LA FALTA DE REGISTRO

En primer lugar, baste ahora con dejar constancia de que a fin de evitar cualquier duda al respecto, como las que suscitaron las actuaciones desarrolladas por la Inspección de Trabajo⁷⁷ y llevaron al TS a negar tajantemente que la no (o incorrecta) llevanza del registro apareciera tipificada en la LISOS de forma evidente y terminante, obligando a una interpretación restrictiva y no extensiva de la misma, el legislador ha decidido reformar el tipo sancionador (art. 11 RDL), dando nueva redacción al art. 7.5 LISOS, para incluir directamente como infracción grave la transgresión de las normas y límites legales o pactados... en relación al “registro de jornada”. Se le da así un valor superior al que planteaba la doctrina que, ante la falta de tipificación expresa, optaba también por una interpretación estricta, considerando la no llevanza de registro o la no información a los trabajadores como meras infracciones formales o documentales y, por tanto, que debían ser consideradas leves de conformidad con los apartados 5 y 6 del art. 6 LISOS⁷⁸. La norma se alinea ahora con algunas de las afirmaciones contenidas en la Instrucción 3/2016, que consideraba que “el registro tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornada de trabajo”. Como señalamos, también podrían encajar en el tipo legal las conductas de fraude o falseamiento del registro, habida cuenta que las garantías de invariabilidad y fiabilidad deben considerarse inherentes a sus propósitos.

Ignoramos si la deriva del legislador a dar al incumplimiento de la organización y documentación del registro el mismo valor que a la propia transgresión de los límites de jornada, tendrá una especial incidencia en los tribunales en aquellos casos en que, inexistente el registro, el trabajador pretenda hacer valer un exceso de horas no compensadas en los términos legales. A nuestro juicio, y ante la dificultad de la prueba para el trabajador, la obligación legal inequívoca y sus efectos

⁷⁷ Por todos, Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 5.

⁷⁸ Tolosa Tribiño, C., “La reciente doctrina...”, op. cit., p. 7. Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 6, quien se muestra sorprendido por la postura de la ITSS.

sancionadores, no debía descartarse una interpretación de este tipo. De esta forma, la falta de registro podría considerarse como un elemento al menos “indiciario” de una posible falta de respeto de las normas legales y, por ende, sería el empresario el que habría que demostrar el cumplimiento exacto de la jornada legal o pactada. Aunque en aras de la seguridad jurídica podría la norma haber avanzado por estos derroteros.

Como se sabe, en relación con el contrato a tiempo parcial, la letra c) del apartado 4 del art. 12 ET prevé expresamente que “en caso de incumplimiento de las mencionadas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios”. Pese a la aparente claridad del precepto legal, cabe encontrar algún pronunciamiento que rechaza las pretensiones de los trabajadores respecto a su consideración como a tiempo completo⁷⁹ y algún autor que afirma que la presunción no se activa automáticamente por la sola falta de registro, sino que actúa únicamente, en función de los elementos de hecho, cuando resulta acreditado que se han realizado más horas de las exigibles y no resulta posible acreditar cuántas por el incumplimiento empresarial de sus obligaciones⁸⁰. Nos parece más acorde con el tenor literal del precepto la doctrina sentada en algunas sentencias⁸¹ que estiman suficiente para aplicar la presunción legal la no aportación por la empresa de la copia de los registros ni la prueba en contrario al respecto que acredite que el contrato es efectivamente a tiempo parcial.

En el caso de las horas extraordinarias, donde el legislador no se ha pronunciado explícitamente, cabe encontrar una doctrina fragmentada en este punto, de forma que mientras algunos pronunciamientos desplazan la carga de la prueba al

⁷⁹ Así en STSJ Galicia 24 de octubre de 2016 (nº rec. 1070/2016). En puridad, no aplica la presunción legal en la medida en que restringe la obligación de registro al supuesto de realización de horas complementarias, puesto que en otro caso la jornada realizada coincide con la inicialmente pactada.

⁸⁰ Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 6-7. Mucho más estricto en su interpretación sobre el juego de la presunción, no solamente en ausencia de registro sino también ante su inexactitud, Lousada Arochena, J.F., “El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 162, 2014, p. 6 (versión digital).

⁸¹ STSJ Canarias (Las Palmas), 4 de abril de 2017 (nº rec. 121/2017). En la dirección acertada a nuestro juicio, aplica la presunción al haberse incumplido la obligación de registro la STSJ País Vasco 18 de diciembre de 2018 (nº rec. 2203/2018), que afirma que esta presunción legal de contrato a tiempo completo en el supuesto de incumplimiento de dichas obligaciones trae causa en la relevancia de la facilidad que tiene la empresa para determinar la jornada de trabajo que realmente se ha realizado, mediante el registro exigido de la jornada ordinaria en el caso del contrato a tiempo parcial, siendo así que las dificultades para la trabajadora para acreditar una jornada distinta de la pactada son bien evidentes. Entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana 21 de diciembre de 2017 (nº rec. 3202/2017), Cataluña 17 de mayo de 2018 (nº rec. 367/2018), Madrid 14 de mayo de 2018 (nº rec. 1464/2017) y Andalucía (Granada) 22 de febrero de 2018 (nº rec. 1893/2017). Sobre la prueba en contrario dada por la empresa que muestra la naturaleza a tiempo parcial de los servicios, SSTSJ Madrid de 19 y 31 de octubre de 2018 (nº rec. 510 y 751/2018, respectivamente). Para la STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 8 de febrero de 2018 (nº rec. 792/2017) que el documento de registro de horas adolezca de algún defecto no implica que no sirva para destruir la presunción legal de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

empresario que no puede beneficiarse de sus incumplimientos⁸², en otros se sostiene la postura contraria⁸³. El TS⁸⁴ vino a señalar que el trabajador siempre tendrá a su favor el art. 217.6 LEC “norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó”. En relación a la falta de registro de la jornada ordinaria, ante la ausencia de previsión legal, quizás los tribunales no puedan presumir la realización de las horas de exceso sobre la jornada –y no compensadas-, pero sí dispensar al trabajador de una prueba plena de este aspecto, concretando las horas, aceptando la conducta general de la empresa o la realización habitual de este tipo de horas como elemento de prueba suficiente. Podemos encontrar algún ejemplo reciente⁸⁵ donde combinando la facilidad probatoria, el incumplimiento de la obligación de registro y los indicios de que el trabajador hubiera realizado el horario que afirma, invierte la carga de la prueba, tras la presentación de un panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación (en el caso, horas extraordinarias).

11. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Si en términos generales, y al margen de la utilización de la vía de urgencia, acogemos favorablemente la expresa inclusión de la obligación de registro de la jornada, la reforma se muestra insuficiente si no se acomete una nueva regulación del tiempo de trabajo más adaptada a las nuevas formas de trabajo y al uso intensivo de las tecnologías. La obligación de registro sigue muy ligada al quantum de la jornada, que obviamente es preciso limitar, y al horario, mientras las nuevas exigencias de las empresas y de los propios trabajadores viran más hacia las necesidades de adaptación y, por tanto, a la organización flexible. La legislación en algunos pasajes sigue centrada en conceptos en parte superados por los nuevos escenarios laborales, como el de “puesto de trabajo”. Por otro lado, no cabe ignorar el problema de la posibilidad de falsear los registros, en especial los manuales con la firma del trabajador (a no ser que se usen libros u hojas no manipulables), que además puede verse compelido a ratificar situaciones que no coinciden exactamente con la realidad de su jornada, sobre todo en las pequeñas empresas. Ello exige a los convenios buscar fórmulas de control y registro que otorguen el mayor grado de fiabilidad posible.

⁸² SSTSJ Castilla y León Valladolid 3 de febrero de 2016 (nº rec. 2229/2015) y 13 de octubre de 2016 (nº rec. 1242/2016).

⁸³ Por todas, STSJ Galicia 22 de noviembre de 2016 (nº rec. 1822/2016).

⁸⁴ STS 23 de marzo de 2017.

⁸⁵ STSJ Castilla-León –Valladolid- 9 de junio de 2017 (nº rec. 765/2017)

La conexión, en la que incide poco el TS, entre el tiempo de trabajo y derechos básicos del trabajador como la conciliación, exigiría también un tratamiento más cohesionado entre estos ámbitos. Así, pese a los avances en la adaptación de la jornada para la conciliación (el nuevo art. 34.8 ET), son precisas mayores garantías para los trabajadores en el uso de la flexibilidad empresarial, a modo de ejemplo excepciones por razones de salud o conciliación a las horas extraordinarias o a la distribución irregular, que tendríamos que extraer, en su caso, de aquel precepto legal. Recuperación de cierto equilibrio y garantías que no derivan automáticamente del registro, sino que precisan medidas específicas de cohesión y racionalización de los mecanismos de ordenación flexible. Por su parte, en algunos ámbitos con amplias dosis de flexibilidad para el trabajador va a cobrar mayor relevancia la garantía efectiva del derecho a la desconexión que la propia obligación de registro, si en última instancia buscamos reforzar el derecho al descanso y el equilibrio trabajo y familia. Tampoco soluciona algunos desfases de la regulación como la ausencia de un límite claro de jornada semanal, la acumulación de los descansos o la concurrencia de mecanismos de flexibilidad que otorgan al empresario amplias cotas de disponibilidad sobre el tiempo de trabajo.

En otro orden de consideraciones, los problemas de salud (en particular en relación con los riesgos psicosociales) que pueden derivar del incremento desmedido de la flexibilidad-disponibilidad⁸⁶, con cambios “improvisados” en las horas de trabajo, el exceso de carga de trabajo y la hiperconectividad⁸⁷, entre otros, reclaman una reforma también en el plano de la LPRL, ajena a la digitalización, aunque su amplio espectro de cabida a estos y otros factores entre los que se deben evaluar, planificar y prevenir. La desconexión se ha regulado al margen de la prevención, cuando las políticas empresariales obligatorias legalmente podrían (y deberían) venir incluidas dentro de los sistemas preventivos de las empresas, sirviéndose de algunos de sus instrumentos. Habría de propiciarse también una revalorización de lo colectivo en el ámbito preventivo, de forma que la negociación colectiva, llamada a ocupar un papel relevante en el registro y la desconexión, amplíe sus miras en relación a la seguridad y salud, aspectos en la práctica bastante descuidados y concebidos desde un plano básicamente unilateral, dentro de la esfera de organización del empresario.

En definitiva, de *lege ferenda*, debía abordarse una reforma integral, equilibradora y unificadora del tiempo de trabajo, más allá de los sucesivos parches de las

⁸⁶ Algunas de estas cuestiones son abordadas en el estudio de Ahlers, “El trabajo flexible y a distancia en el contexto de la digitalización y de la salud en el trabajo”, *Boletín Internacional de Investigación Sindical* vol.8, núm.1-2, 2016, pp. 95 ss. Esta perspectiva de análisis también en Quílez Moreno, J.M., “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 51, 2018, en especial pp. 8 ss.

⁸⁷ Así ya desde diversos ámbitos se considera esencial incluir aspectos como la prevención de la fatiga informática en los planes preventivos de las empresas, Del Rey Guanter, S., “La empresa hiperconectada...”, op. cit., p. 8.

normas de urgencia. Ciñéndonos a los aspectos esenciales ligados a la ordenación flexible del tiempo de trabajo, al menos, una racionalización de los mecanismos o instrumentos de flexibilidad, negociados y/o pactados. No estaría de más el establecimiento de un límite de jornada semanal indisponible más ajustado a los dictados comunitarios⁸⁸, pues su ampliación desmesurada, aun a fuer de compensar los excesos en descanso en un lapso temporal que puede resultar excesivo, seguramente no respeta las garantías mínimas del trabajador ni permite su necesaria recuperación físico-psíquica. Además, sería pertinente un cambio en el régimen jurídico aplicable a las horas extraordinarias. Apostaríamos por la desaparición de las compensadas con descanso⁸⁹, cuya finalidad queda cubierta con la distribución irregular u otros mecanismos pactados, garantía plena del requisito de la voluntariedad, vía individual y no por convenio, y penalización⁹⁰. Asimismo, podría revisarse la pertinencia de distribuir unilateralmente la jornada de forma irregular o, al menos, minoración del porcentaje, sujeción a causas y disminución del lapso temporal (supletorio) para la compensación⁹¹. Resultaría más que conveniente que los convenios (o acuerdos) diseñaran regímenes garantistas de flexibilidad, con fórmulas tendentes a equilibrar los intereses de las partes, dando cabida en la medida de lo posible a los trabajadores a la hora de concretar las formas y momentos de disfrute de los descansos compensatorios. Por último, reubicación del derecho a la desconexión, dotado de unos mínimos legales, en la regulación sobre tiempo de trabajo o preventiva.

⁸⁸ Aunque un sector de la doctrina aplica el de cuarenta y ocho horas semanales, con inclusión de las horas extraordinarias, en un período de referencia de cuatro meses, Serrano Argüello, N., “La continuación de una tendencia en la regulación jurídica de las horas extraordinarias”, *Actualidad Laboral* 1999-I, p. 4; López Álvarez, M.J., *Distribución irregular de la jornada de trabajo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 36.

⁸⁹ También Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., en especial pp. 18 ss.

⁹⁰ Algunas de estas propuestas se acogen en la Proposición de Ley de tiempo de trabajo responsable presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En marea (BOCG 16 noviembre 2018). También se mueve en esta línea de penalización Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo...”, op. cit., p. 12 pero, al contrario de lo esbozado en el texto, sugiere la compensación en descansos acortando el plazo de cuatro meses y desplazar en términos subsidiarios el pago de las horas.

⁹¹ En la doctrina, Rodríguez Pastor, G.E., “Hacia una organización más flexible...”, op. cit., p. 10 apuesta por intentar que los convenios colectivos fijen un período de compensación lo más ajustado posible a las necesidades reales de la actividad productiva y, a ser posible, que no exceda del año natural.